



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 3

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

STP4745-2023

Radicación n.º 130341

Acta 82.

Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

VISTOS

Decide la Sala, en primera instancia, la demanda de tutela instaurada por **Juliana Gómez González**, en protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la verdad, presuntamente vulnerados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

Al trámite se vinculó al Juez Penal del Circuito de conocimiento de Girardota, así como a las partes e intervinientes en la indagación 050016000207202250386.

ANTECEDENTES

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Relató la actora que el 21 de febrero de 2021 formuló denuncia penal en contra de Edison Bustamante Márquez, por la conducta de “acto sexual”, que fue identificada con el SPOA 050016000207202250386, por presuntos actos en contra de su integridad sexual.

Los hechos fueron relatados por la denunciante de la siguiente forma:

Lo que sucede es que el día de hoy 21/02 de 2022 a eso de las 02:00 horas me encontraba en el municipio de Barbosa en la casa de un amigo de nombre EDISON BUSTAMANTE el cual conozco desde hace dos años, me había invitado para que pasáramos un rato en compañía de su familia, estábamos viendo televisión, me quedé dormida al lado de él, desperté rato después, después sentí que EDISON me estaba tocando mi nalga sobre mi jean, sentía que me estaba metiendo la mano por detrás del pantalón, él sacaba su mano y se la olía y se empezaba a masturbar, él pensaba que estaba dormida y me alumbraba con el celular, me hacía la dormida ya que tenía mucho asco de lo que él estaba haciendo, no quería cruzar palabra con él, ya luego él se paró de allí y terminó de masturbarse; y luego volvió y se acostó a mi lado de nuevo, pero yo le di la espalda y me tapé mis senos y mi vagina, él de nuevo trató de tocarme mis senos, me susurraba y me decía tú quieres a EDISON a ti te gusta EDISON y me tocaba los labios y reaccioné, él se quitaba y se quedaba quieto, rato después me volteé y me puse de frente, pero de igual manera tapándome mis senos y mi vagina, pero eso no bastó y me tocó la vagina; y, de allí ya me desperté y le dije que se quitara de allí y se fuera para otra cama, él se hizo el dormido y me dijo qué pasó y yo estaba muy furiosa y solo le dije que se quitara, a lo que él hizo a eso de las 6 horas, me levanté fui al baño y me organicé para irme y EDINSON me dijo “qué hubo” y le dije que me pidiera un carro o una moto que me iba y él me preguntó qué me había sucedido y le manifesté usted sabe lo que hizo y me quiero ir para mi casa, antes de irme le dije me sentía con asco por lo que me hizo y me hizo traer a mis recuerdos un abuso del cual fui víctima a los 5 años por parte de

un primo de mi papá, me dijo que se quedaba sin palabras, se disculpó y que iba a perder mi amistad y me fui de allí, hablé con una amiga que es psicóloga y me recomendó que denunciara estos hechos y por eso que me encuentro en estas instalaciones instaurando el respectivo denuncia y eso es lo que sucedió.

Añadió que el asunto le correspondió a la Fiscalía 211 Seccional de Barbosa, que archivó la indagación, empero, por petición suya, el 2 de agosto de 2022 se reactivó la investigación y se llamó a interrogatorio al indiciado, además de recaudarse otros elementos de convicción.

Sin embargo, explicó, la fiscal solicitó la preclusión de la indagación bajo la causal 4 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 (atipicidad del hecho investigado), bajo el entendido de que los hechos ocurrieron en el contexto de unos actos sexuales preliminares desprovistos de connotación delictiva, pues el indagado no la violentó al estar bajo el firme convencimiento de que había una aceptación de intimidad entre ellos.

El asunto fue decidido por el Juzgado Penal del Circuito con función de conocimiento de Girardota el 14 de febrero de 2023, que negó la postulación del ente fiscal, principalmente porque con la lectura de los elementos no era posible predicar responsabilidad al procesado; pero tampoco desacreditar la incriminación que hace la víctima, ni mucho menos entender que se presentó un error de tipo. Consideró entonces que debía esclarecerse los hechos a través de la práctica

probatoria propia del juicio oral, pues se está antes dos hipótesis plausibles de lo que pudo ocurrir.

Frente a esa decisión, la fiscalía y defensa del indiciado presentaron recurso de apelación, que fue resuelto por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín el 17 de marzo de 2023, que revocó el auto anterior y, en su lugar, decretó la preclusión por atipicidad del hecho investigado, al considerar que el comportamiento denunciado no se logra encuadrar en ninguno de los elementos de los tipos penales analizados, principalmente por ausentarse el factor de violencia sexual.

Es así como la actora interpone la actual reclamación constitucional en contra de la aludida determinación, pues, a su juicio, el Tribunal realizó una errada interpretación de los elementos probatorios allegados, al otorgarle un alcance distorsionado a la denuncia y su declaración juramentada, sugiriendo que existía un consentimiento en relación con los tocamientos del denunciado.

Puntualmente, señaló la existencia de un defecto fáctico por parte del Tribunal al cercenar su versión como víctima y resaltar que en ningún momento le manifestó al indagado que no continuara con el acto sexual, siendo que, la violencia propia del delito sexual no se desvirtúa ante la ausencia de *gritos* o actos de resistencia física, en la medida que el

sometimiento de la voluntad puede incluir el control de cualquier reacción por parte de la ofendida.

Resaltó que, en la declaración rendida por ella, manifestó la existencia de un temor hacia Edison Bustamante, el cual radica en el comportamiento de este con sus compañeros de trabajo, y que, en el momento de los tocamientos desplegados por el indiciado, tenía susto y miedo, lo que claramente se traduce en una merma de su voluntad.

Cuestiona también que se haya hecho uso de la edad para justificar la inexistencia de una condición de inferioridad, pues tratándose de acto sexual resulta irrelevante esa circunstancia.

Reiteró que se opone a la configuración de un error de tipo, pues desde un principio le dejó ver al indagado el rechazo frente a sus manifestaciones e intenciones sexuales, siendo clara en decirle que no era de su agrado y no tenía interés sexual en él; circunstancia que, acotó, no dejó de valorar el Tribunal.

Finalmente, indicó que no es posible concluir, como lo hizo la autoridad accionada, que, por encontrarse en una habitación, en el contexto de una salida consensuada, con su silencio ya era indicativo de consentimiento, pues el

mismo debe ser explícito de cara al encuentro sexual que se propone.

PRETENSIONES

Van dirigidas a que se conceda la dispensa de los derechos constitucionales invocados y, en consecuencia: *“ordene que el Tribunal Superior de Medellín- SALA DE DECISIÓN PENAL-, emita una nueva providencia en la cual se niegue la preclusión de la investigación bajo el SPOA: 050016000207202250386, y se ordene a la FISCALIA 211 SECCIONAL DE BARBOSA para que continúe con la investigación para esclarecer los hechos. Para que esto no lesione los derechos fundamentales de JULIANA GÓMEZ GONZALEZ”.*

INFORMES DE LAS PARTES

El magistrado de la **Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín** manifestó que, en efecto, profirió la decisión de segunda instancia de 17 de marzo de 2023, en la que se revocó la adoptada por el Juzgado Penal del Circuito de Girardota. De cara a los argumentos de la tutela, anexó la determinación en la que se incluyen las razones del auto.

El apoderado del indagado se opuso a las pretensiones de la tutela, respaldando las razones del Tribunal para disponer la preclusión en favor de su asistido.

Resaltó que no se presentó acto de violencia en contra de Juliana Gómez, pues, su consentimiento fue tácito, así como lo interpretó el indagado, quien solo tenía intención de expresarle su amor, cariño y afecto a través de una proposición en la cual buscaba consolidar e iniciar una relación sentimental. Enfatizó en que, lo anterior se sustenta si se recuerda que fue ella quien quiso compartir con él, al proponerle que se reunieran ese domingo, ir a los Charcos de Barbosa y posteriormente conocer a su familia con quienes había tenido cercanía y conversaciones por celular.

El secretario del **Juzgado Penal del Circuito de Girardota** envió copia del expediente en archivo digital.

El **apoderado de la actora** en el asunto penal respaldó las razones y las pretensiones de su defendida.

La **Fiscal 211 Seccional de Barbosa**, ratificó el recuento procesal en que intervino y, frente a la decisión cuestionada, adujo encontrarse ajustada a derecho, pues solicitó la preclusión con base en el pleno convencimiento de la atipicidad objetiva.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la C.N. y el 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado

por el canon 1.º del Decreto 333 de 2021, es competente esta Sala para pronunciarse en tanto está involucrado el Tribunal Superior de Medellín, del cual es superior funcional esta Corporación.

Como es bien sabido, la acción de tutela tiene por objeto proteger de manera efectiva e inmediata las garantías fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de las autoridades, y de los particulares en los casos que la ley regula, siempre que el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial.

El artículo 86 de la Constitución Política consagró dicha herramienta como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual para la protección de las cláusulas constitucionales fundamentales ante el menoscabo o la amenaza derivados de acción u omisión atribuible a las entidades públicas o a los particulares en las situaciones específicamente precisadas en la ley.

En el caso concreto, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la Sala de decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín desconoció los derechos superiores al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la verdad de **Juliana Gómez González**, en la decisión de 17 de marzo de 2023, que revocó la emitida el 14 de febrero de 2023, que había negado la preclusión promovida por el ente

fiscal y, en su lugar, la decretó por atipicidad del hecho investigado.

Para la actora, se configura un defecto fáctico en la medida que se desconocieron los elementos de convicción dicientes de la ausencia total de consentimiento por su parte en el acto denunciado, lo que, por contera, suponía negar la causal de preclusión de atipicidad del hecho, para continuar con el asunto ante la configuración de un delito sexual en su contra.

Sobre el particular, de cara a la resolución de este asunto, debe recordarse que, cuando se trata de acciones de tutela en contra de providencias judiciales, la Corte Constitucional ha condicionado su procedencia al hecho que concurren unos requisitos de procedibilidad, los cuales ha denominado como genéricos y específicos¹.

Corresponden al primer grupo: i) que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional; ii) que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada; iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; iv) que ante una irregularidad procesal, el defecto tenga un efecto decisivo o determinante en la sentencia; v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que

¹ Ver sentencias C-590 de 2005 y T-865 de 2006.

generaron la vulneración como los derechos vulnerados y vi) que no se trate de sentencia de tutela.

Y son requisitos específicos la observancia de un defecto sustantivo, orgánico o procedimental; de uno fáctico; de un error inducido o por consecuencia; que la decisión cuestionada carezca de motivación; el desconocimiento del precedente y vulneración directa de la Constitución.

Pues bien, en el presente asunto se satisfacen los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, en la medida que no existe otra vía judicial para debatir la decisión que revocó la negativa a la preclusión y la decretó por atipicidad del hecho investigado; la acción se presentó en un término razonable, si en cuenta se tiene que la determinación de segundo grado censurada data de 17 de marzo de 2023; se trata de un asunto de relevancia constitucional que involucra el debido proceso y no versa sobre una tutela contra igual trámite.

Sin embargo, se ofrece oportuna la intervención del juez de tutela en este asunto, al evidenciarse la necesidad de intervención del juez constitucional, ante la falta de motivación, como casual específica de la tutela contra providencia judicial, a la vez que un defecto fáctico.

De la perspectiva de género

En cuanto a la perspectiva de género, como eje temático ya desarrollado por esta Sala, en STP7390-2022, se ha reiterado que resulta imperativo a los funcionarios que conocen de procesos con estas características, acatar las siguientes pautas:

(i) Desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres;

(ii) Analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial;

(iii) No tomar decisiones con base en estereotipos de género;

(iv) Evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres;

(v) Flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes;

(vi) Considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales;

(vii) Efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia;

(viii) Evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales;

(ix) Analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres:

En términos de la aludida decisión:

25.1 Los diversos tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación interna y la jurisprudencia, han adelantado enormes esfuerzos por erradicar toda forma de violencia y discriminación contra la mujer. Para garantizar su efectiva protección, el Estado ha implementado, entre otras medidas, la necesidad de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar aquéllos actos que constituyen violencia contra la mujer, pues de lo contrario se estarían propiciando espacios de revictimización y negación de justicia.

25.2 Sobre el particular la Declaración Universal de los Derechos Humanos -1948- consagra que «[t]oda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de [...] sexo»² y que «[t]odos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación»³.

25.3 Por su parte, en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW- de 1979, se dispuso promover «una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer» y, en ese marco, a «abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación», así como «establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación»⁴.

² Art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

³ Art. 7 ibídem.

⁴ Art. 2.

25.4 Siguiendo esa misma línea, el Estado colombiano ratificó uno de los tratados más relevantes en materia de igualdad de género y la erradicación de la violencia contra la mujer -Convención de Belem do Pará-⁵, en el que se instituyó como obligación y garantía superior del Estado, el deber de «actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer»⁶, y «adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad»⁷.

25.5 En el mismo sentido, el Legislador expidió las Leyes 1257 de 2008⁸, 1719 de 2014⁹ y 1761 de 2016¹⁰ con el objetivo de sensibilizar a toda la sociedad frente a lo que constituye violencia de género contra la mujer¹¹, establecer parámetros para el adelantamiento de las investigaciones cuando se trata de una afrente contra la libertad y el pudor sexual¹² y, en general, repeler con mayor severidad todo tipo de violencia contra la mujer.

25.6 Por su parte, la jurisprudencia de esta Corporación¹³ ha señalado de manera pacífica y reiterada que resulta imperativo a los funcionarios que conocen de procesos con estas características, tener de presente la calidad de garantes de la protección de los derechos fundamentales y el deber que les asiste de actuar de manera oportuna, exhaustiva e imparcial, evitando en todo caso la revictimización (CSJ SP1289-2021).

25.6.1 En sentencia T-012 de 2016¹⁴, la Corte Constitucional estimó necesario que los jueces incorporaran criterios de género en sus decisiones, los que se traducen en:

(i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de

⁵ Instrumentos internacionales del Sistema Universal de los Derechos Humanos y del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, respectivamente, que hacen parte del ordenamiento constitucional interno en virtud del artículo 93 de la Carta Política y la figura del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

⁶ Art. 7.

⁷ Ibidem.

⁸ «Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones».

⁹ «Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones».

¹⁰ «Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones.(Rosa Elvira Cely)».

¹¹ Exposición de motivos, proyecto de ley 1257 de 2008.

¹² Ley 1719 de 2014.

¹³ CSJ SP1289-2021; SP403-2021, 17 ene. 2021, rad. 51848 y SP4135-2019, 1° oct. 2019, rad. 52394.

¹⁴ Cfr. CC SU-659 de 2015, T-041 de 2016, T-027 de 2017 y T-145 de 2017.

manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres.

25.6.2 Criterio reiterado en la sentencia CC T-590 de 2017, en la que indicó que en los casos de violencia de género era deber de los operadores jurídicos interpretar los hechos, pruebas y textos normativos con enfoque diferencial de género.

«De esta manera, es importante resaltar que cuando las mujeres víctimas de violencia acuden a las autoridades públicas para el amparo de sus derechos, en repetidas ocasiones se produce una “revictimización” por parte de los operadores jurídicos, toda vez que la respuesta que espera por parte de estas autoridades no es satisfactoria y además, llegan a confirmar patrones de desigualdad, discriminación y violencia en contra de esta población. “Tales circunstancias se presentan, al menos, de dos formas. La primera por la “naturalización” de la violencia contra la mujer, obviando la aplicación de enfoques de género en la lectura y solución de los casos y, la segunda, por la reproducción de estereotipos’.»

Como se vio, acorde con los diversos tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación interna y la jurisprudencia, se viene fortaleciendo cada vez más la pauta a partir de la cual, recae la obligación del Estado, en especial, la Rama Judicial, de incorporar criterios de género en sus decisiones, como una forma de erradicación de la discriminación y violencia contra la mujer.

Así, tal como se trajo a colación en SP3993-2022, en la decisión CSJ SP4135-2019, Rad. 52394 -reiterada en las decisiones CSJ SP1793-2021, Rad. 51936; SP3583-2021, Rad. 57196; SP2649-2022, Rad. 54044, entre otras- la Corte ha señalado lo siguiente:

En el ámbito penal, el abordaje de los casos con un enfoque de género implica, entre otras cosas, la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia en particular, toda vez que: (i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos.

Sumado a lo anterior, la determinación de los contextos que rodean los episodios de violencia resulta útil para: (i) establecer si otras personas han resultado afectadas con la acción violenta, como suele suceder con los niños que son expuestos a las agresiones perpetradas por sus padres; (ii) determinar el nivel de afectación del bien jurídico y, en general, la relevancia penal de la conducta; y (iii) finalmente, porque solo a partir de decisiones que correspondan a la realidad, en toda su dimensión, es posible generar los cambios sociales necesarios para la erradicación del flagelo de violencia contra las mujeres, en general, y la violencia intrafamiliar, en particular».

De ahí que, del enfoque de género en las decisiones judiciales impone carga negativas y positivas, como se dijo recientemente en SP124-2023:

La adecuada implementación del enfoque de género en las decisiones judiciales impone a los jueces y cuerpos colegiados una obligación negativa, cual es, valorar la prueba sin incurrir en estereotipos o prejuicios disfrazados como reglas de la experiencia que tornen nugatorio el acceso a la administración de justicia de

los grupos vulnerables para propiciar, en su lugar, una revictimización desde la arista institucional.

No obstante, también supone para el funcionario judicial un mandato positivo consistente en verificar y confrontar el contenido de las pruebas practicadas en juicio a partir del enfoque de género para reconocer en la realidad procesal, de ser el caso, los contextos de discriminación o violencia generados por diferencias sociales, biológicas, de sexo, edad, etnia, posición social o rol familiar, que puedan tener lugar en el ámbito público o privado, dentro de la familia, en la comunidad, lugar de trabajo, entre otras, como escenarios en los cuales se propicia o facilita la comisión de conductas punibles en contra de grupos histórica o culturalmente discriminados o marginados.

En materia de delitos sexuales, existen pautas generalizadas que se han consolidado como un refuerzo valorativo en la manera como se aprecian las pruebas del proceso, por ejemplo, en SP3993-2022 se recordó que *“el testimonio de la víctima es preponderante y puede llegar a ser suficiente para encontrar acreditado más allá de toda duda razonable la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, pues lo relevante es que, atendiendo los parámetros del artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, brinde credibilidad y certeza en virtud, ineludiblemente, del rigor e imperioso escrutinio de las reglas de la sana crítica (Cfr. CSJ SP. 1 jul. 2017, Rad. 46165; AP2689-2018, Rad. 52371; AP1542-2019, Rad. 54830; SP2228-2022, Rad. 59771).”*

En tratándose de acoso sexual y, de cara al asentimiento o no de la víctima, se ratificó que, si la implicada manifiesta una negativa, no consiente expresamente, guarda silencio o evita alentar inequívocamente comportamientos derivados de una aproximación sexual, todo ello debe entenderse con el mismo efecto que si hubiese manifestado un rotundo no. Así se dijo:

En consecuencia, lo que cobra relevancia para el tipo penal de acoso sexual es que surja acreditado un fin sexual, sea cual sea la pretensión de esa índole que el acosador busque colmar en la víctima, a partir del lenguaje y los medios que haya utilizado para expresar su intención, y que no exista un consentimiento expreso e inequívoco del receptor.

Es por ello que “no puede haber delito en aquellos casos en donde el consentimiento es libre y la asimetría de la subordinación laboral no influye en la aquiescencia del trato sexual”¹⁵, es decir, cuando quien procura de otro una interacción sexual, mediante actos persistentes o reiterativos en el tiempo, actúa con el consentimiento expreso y válidamente emitido del titular del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, en los casos en que éste tiene la facultad de disponer del mismo. En estos casos, no habría delito, siendo el consentimiento excluyente de la tipicidad.

(...)

Es la mujer, como un ser humano digno, valioso, capaz de tomar decisiones y de expresarlas, quien define si permite ser tocada o cortejada. De ahí que, si manifiesta una negativa, no lo consiente expresamente, guarda silencio o evita alentar inequívocamente este tipo de comportamientos, todo ello debe entenderse con el mismo efecto que si hubiese manifestado un rotundo no.

En SP3583-2021 se reiteraron, con precisión pedagógica, las pautas en materia de enfoque de género en tratándose de delitos sexuales:

Es por lo anterior que la Sala, en diversas decisiones, ha destacado “el deber de diligencia debida en materia de protección a las mujeres, consagrado en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres –Convención de Belem do Pará-¹⁶, implica, entre otras cosas, una reorientación de la labor investigativa, en orden a visibilizar las circunstancias reales bajo las cuales ocurre la violencia y la discriminación que afectan a este grupo poblacional, lo cual implica que, frente a la violencia exacerbada y poco visibilizada que históricamente ha agobiado a las mujeres, el acceso de estas a la administración de justicia «supone un cambio estructural del derecho penal que integre una

¹⁵ CSJ AP, 23 may 2018, rad. 51870

¹⁶ Instrumentos internacionales del Sistema Universal de los Derechos Humanos y del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, respectivamente, que hacen parte del ordenamiento constitucional interno en virtud del artículo 93 de la Carta Política y la figura del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción»¹⁷.

En ese sentido, la Corte ha puntualizado que, en el ámbito penal, el abordaje de los casos con un enfoque de género implica, entre otras cosas, la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia en particular, toda vez que:

(i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos.¹⁸

La obligación que impone el deber de debida diligencia en la investigación de la violencia contra la mujer debe desplegarse durante todo el desarrollo del modelo de enjuiciamiento criminal previsto, en este caso, en la Ley 906 de 2004, por lo que su implementación se debe llevar a cabo desde que la Policía Judicial genera las primeras hipótesis factuales y, a partir de las mismas, realiza los actos urgentes, así como en el diseño del programa metodológico por parte del Fiscal, el oportuno aseguramiento de las evidencias físicas, la utilización de los recursos técnico científicos orientados a establecer sus aspectos más relevantes y la adopción de las medidas procesales necesarias para que en el juicio oral las evidencias físicas puedan ser presentadas y debidamente autenticadas¹⁹.

De igual manera, el enfoque de género en conductas como la que ocupa esta decisión debe permear el juicio de imputación asignado al fiscal, así como el desarrollo de la etapa de juicio y ejecución de la sentencia, debiéndose ponderar la información relativa a las relaciones desiguales de poder, los contextos de subordinación y las situaciones de discriminación o asimetría entre los sujetos del proceso, a efectos de equilibrar y poner en plano de igualdad material a las mujeres.

Ahora bien, debe la Sala subrayar que lo anterior no significa que en materia de valoración de la prueba y de estándar probatorio la aplicación de una perspectiva de género pueda traducirse en un

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-297 de 2016.

¹⁸ CSJ SP-4135-2019, 1° oct. 2019, rad. 52394.

¹⁹ CSJ SP-19617-2017, 23 nov. 2017, rad. 45899.

enfoque diferencial que permita una estimación parcializada o diferenciada a efectos de romper la desigualdad, pues la valoración probatoria debe estar guiada exclusivamente por criterios generales de racionalidad fundados en la epistemología jurídica, mientras que los estándares probatorios responden a decisiones políticas relacionadas con lo que se conoce como «distribución del error»²⁰, por lo que descansa en cabeza del legislador, no del juez, la determinación del grado o nivel de corroboración o probabilidad suficiente exigido para concluir en la demostración de un determinado enunciado fáctico que comprometa la responsabilidad del procesado.

Por tales razones, al momento de la valoración de la prueba, la perspectiva de género no puede aportar ninguna especificidad, aparte, claro está, de permitir la adopción de un razonamiento probatorio libre de sesgos cognitivos o de prejuicios de género, lo que de hecho es bien importante en aras de preservar los derechos de la mujer.

En efecto, en reciente decisión esta Corporación se encargó de fundamentar con toda claridad que, en el ámbito del razonamiento probatorio, los funcionarios judiciales están vinculados por el enfoque de género, en la medida en que no pueden acudir a la utilización de estereotipos y prejuicios para tomar sus decisiones, so pena de incurrir en un error por falso raciocinio al incorporar en su valoración falsas reglas de la experiencia como lo son aquellas construidas con el empleo de preconceptos machistas sobre el comportamiento que, desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual²¹.

Así mismo, debe destacarse, como se hace en el citado precedente, que «fue la voluntad expresa del legislador negar la validez de ciertos razonamientos inferenciales o probatorios que, bajo el disfraz de reglas de la experiencia, simplemente esconden posturas estereotipadas, prejuicios o pretensiones de control masculino sobre la sexualidad y el cuerpo de las mujeres»²², proposición que se desprende de las recomendaciones contenidas en los artículos 18 y 19 de la Ley 1719 de 2014, relativas al recaudo, práctica y valoración de las pruebas y a la conducción de la investigación y apreciación de las pruebas en casos de violencia sexual.

De otro lado, sin que ello represente en modo alguno una variación no controlada del carácter lógico-epistémico de la valoración de la prueba común en todos los procesos, la perspectiva de género debe

²⁰ Elección político-valorativa relacionada con la importancia y priorización de los derechos o intereses jurídicos y, en esa medida, la asunción para el procesado, en menor o mayor medida, de los errores resultantes del razonamiento probatorio.

²¹ CSJ SP-2136-2020, 1° jul. 2020, rad. 52897.

²² *Ibidem*.

permitir en el juicio del fallador la adecuada contextualización de los hechos, a partir de la misma prueba, que posibilite advertir patrones de desigualdad de poder y escenarios de subordinación en la ejecución de los actos de agresión que puedan resultar jurídicamente relevantes.

Por último, es preciso relieves que la perspectiva de género no puede dar lugar a la reducción de los derechos y garantías del procesado, pues, como lo ha puesto de presente esta Corporación²³, los mismos también gozan de protección constitucional y han sido objeto de desarrollo en los más importantes tratados sobre derechos humanos suscritos por Colombia.

En ese sentido, el enfoque de género, como herramienta de protección de los derechos de la mujer en la investigación y sanción de los delitos cometidos en su contra, no se puede contraponer a postulados democráticos como la presunción de inocencia del procesado y la consecuente carga probatoria en cabeza del Estado, así como al sentido de protección de los bienes jurídicos como única función asignada al derecho penal.” (CSJ SP3274-2020)

En esos términos resulta de esencial importancia evaluar las circunstancias que rodean cada caso para así poder aseverar que se está en presencia de uno de aquellos asuntos en los que se evidencia la necesidad de reafirmar la configuración de un enfoque con perspectiva de género.

En el contexto del proceso penal, más concretamente en fase investigativa, la pauta adquiere un especial matiz, pues, estando en una etapa embrionaria de la averiguación, será la denuncia y el avance del caso, lo que permita extraer aquellos insumos para consolidar si del contexto se amerita el refuerzo del enfoque o no. De ahí que, no puede asentirse que, por el sólo hecho de ser mujer la denunciante, inmediatamente se haga meritorio el caso desde una visión

²³ Cfr. CSJ SP-2709 11 jul. 2018, rad. 50637; CSJ SP-4135-2019, 1° oct. 2019, rad. 52394.

diferencial que agudice los parámetros de la indagación hasta el punto que se otorgue un tratamiento que prive al procesado de sus garantías superiores, entre ellas, la presunción de inocencia.

Lo anterior porque, en manera alguna, la mencionada perspectiva puede presuponer un grado de responsabilidad en contra del implicado que invierta el estado de discriminación, esta vez, en contra del *sub iudice*, y genere una regla a todas luces perversa e inaceptable, a partir del cual, la aplicación del aludido enfoque sea equivalente - inexorablemente- a su condena. De darse lo presupuestos se erige, más bien, en una obligación de medio o comportamiento, que ha sido concretada en el estándar de la debida diligencia reforzada.

Será, entonces, dicho análisis cuidadoso el que contribuya a la necesidad de agudizar los parámetros de la investigación, como también, de las decisiones que en ese escenario se adopten por parte de los jueces, entre ellas, la que resuelve la preclusión de la investigación.

Es así que, hágase expresa mención del enfoque de género o no, lo cierto es que el operador judicial está en la obligación, en todos los casos, de evaluar las pruebas y/o elementos de convicción de manera adecuada, desprovisto de sesgos, estereotipos o prejuicios disfrazados como reglas de la experiencia y realizando valoraciones afirmativas que

sopesen el contexto de discriminación o violencia generados por diferencias sociales, biológicas, de sexo, edad, etnia, posición social o rol familiar, etc.

Por lo mismo, habrá situaciones en las que, sin decirlo textualmente, la providencia judicial contenga tales elementos que enriquezcan la argumentación o, lastimosamente, eventos donde se adorne la decisión con eufemismos alusivos a la perspectiva de género, cuando en el fondo se perpetúa el estado de discriminación desde la valoración inadecuada de las pruebas.

En todo caso, se ofrece más acorde al principio de publicidad y defensa, que el juez debe un estudio que, en términos de contexto, realizó sobre el asunto, a efectos de considerar si el caso lo visualizó desde la perspectiva de género o no.

Es perfectamente posible que, aun desde el enfoque diferencial, el resultado no sea el esperado por la denunciante, pues desde la obligación negativa y positiva que recae en el administrador judicial, no fue posible sostener el grado de responsabilidad en contra del implicado, pero para ello, resulta más esclarecedor que se haga visible ese análisis, con lo cual la determinación queda fortalecida a partir de un grado superior de motivación.

Caso concreto

Bajo ese marco, se destaca que, en este asunto, la Fiscalía 211 Seccional de Barbosa solicitó la preclusión por atipicidad del hecho investigado en favor de Edison Bustamante Márquez, con fundamento en que los hechos ocurrieron en el contexto de unos actos sexuales preliminares desprovistos de connotación delictiva, pues el indagado no ejerció violencia sobre la denunciante al estar bajo el firme convencimiento de que había una aceptación de intimidad entre ellos.

Es así como el Juzgado Penal del Circuito de Girardota, el 14 de febrero de 2023, negó la postulación del ente fiscal, principalmente porque con la lectura de los elementos no era posible predicar responsabilidad al procesado; pero tampoco desacreditar la incriminación que hace la víctima, ni mucho menos entender que se presentó un error de tipo. Consideró entonces que debía esclarecerse los hechos a través de la práctica probatoria propia del juicio oral, pues se está antes dos hipótesis plausibles de lo que pudo ocurrir.

Advirtió el aludido despacho que:

hay una circular que desconozco ahora mismo el número se me pasa, donde se dan unos lineamientos frente a los delitos de naturaleza sexual, y a los delitos de violencia intrafamiliar contra mujeres para que se aplique esta perspectiva de género, esa lectura que se hace de los elementos materiales probatorios no quiere decir, que de entrada deba predicarse la responsabilidad del procesado, como conclusión, pero tampoco puede ser de

entrada que se debe desacreditar la incriminación que realiza la víctima y dar total crédito a la manifestación que realiza Edinson y entender que sin clase de discusión alguna se ha estructurado en el presente caso un error de tipo, ello implica que en sede de juicio oral debe esclarecerse lo ocurrido²⁴.

El recurso fue formulado por el abogado de la defensa y la fiscalía, quienes insistieron en que, aunque no puede desconocerse el enfoque de género y la protección a la mujer, se debía concretar el estudio del caso concreto, a partir del cual resulta insostenible la existencia de un hecho de connotación delictiva.

En el auto de 17 de marzo de esta anualidad, la Sala accionada resolvió el recurso de apelación contra la decisión censurada. Para el Tribunal la causal se perfeccionó a partir de los elementos aportados a la diligencia, desde los cuales se logró acreditar que el comportamiento del indagado no se adecúa a una conducta punible.

Para ello, empezó por señalar que, de los hechos denunciados, se trataba de verificar si se configuraban los delitos de acceso o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, acceso o acto sexual con persona incapaz de resistir, o acto sexual violento.

Realizó puntualizaciones dogmáticas sobre tales punibles, resaltando que, para colocar a la víctima en alguna

²⁴ Grabación audiencia de 14 de febrero de 2023, minuto 19:00 en adelante.

de las hipótesis contentivas de incapacidad de resistir, no es necesario que el sujeto activo acuda a la violencia, pues en caso de hacerlo se tipificaría el acceso carnal o acto sexual violento.

En cuanto al elemento violencia en delitos sexuales, acotó que el canon 212-A del C.P. enseña que *“Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento”*.

Luego, de cara a la evaluación de las piezas de convicción arrimadas, encumbró las versiones de la presunta víctima y del indagado, a la vez que resumió las circunstancias *ex ante* de los acontecimientos, realizando la siguiente construcción fáctica de lo ocurrido:

El contexto del caso objeto de estudio es el siguiente: se trata de dos personas adultas, la denunciante con 24 años de edad y el denunciado con 29 años de edad para la época de los hechos, estaban solos en una habitación, se disponen a dormir; pese a que hay dos camas, finalmente duermen juntos en una sola.

Dice la declarante, que se quedó dormida y se levantó a quitarse el buzo que tenía puesto, porque tenía mucho calor, ahí se percató que EDISON BUSTAMANTE MÁRQUEZ estaba dormido a su lado, como a los 15 minutos, él toca su nalga, él metía su mano en la nalga la olía, estaba muy asustada; que él se empezó a masturbar y se paró para no hacer ruido, agrega que «esperé qué era lo que iba a hacer».

Desde ese punto desplegó un análisis en el siguiente sentido:

Es decir, JULIANA GÓMEZ GONZÁLEZ en ningún momento le manifestó que no continuara; en ningún momento le manifestó que no le gustaba lo que estaba haciendo; en ningún momento le manifestó que estaba asustada, pese a que ella estaba consciente y despierta.

En palabras sencillas: JULIANA GOMEZ GONZÁLEZ no estaba en una condición psíquica que le impidiera comprender la relación sexual, ni estaba en una situación psíquica que le impidiera dar su consentimiento para una relación sexual.

Al contrario, estaba plenamente consciente de sus actos, los cuales, debe dejarse claro, jamás fueron violentos, según el concepto de violencia visto en numeral anterior.

Al no existir en principio un rechazo, lógicamente el varón se crea el imaginario de un posible encuentro sexual. No puede perderse de vista el interés que siente este por la fémica.

Luego, narró la denunciante en su relato, que EDISON BUSTAMANTE MÁRQUEZ se acostó nuevamente en la cama.

En esta ocasión, tampoco le manifestó que le incomodaba que estuviera allí en la misma cama con ella. Se debe resaltar que la denunciante se encontraba en pleno uso y goce de sus cabales. Estaba plenamente consciente. No estaba en inferioridad psíquica.

Luego dice que se voltea dándole la espalda al denunciado; que se tapó con una mano sus senos, con la otra su vagina, este le susurraba cosas al oído «tú deseas a EDISON, tú quieres a EDISON», intentó abrazarla, «con los dedos me quitaba las manos para tocarme los senos».

Es claro que los actos del joven eran un prelude encaminado a ese posible encuentro íntimo que tanto añoraba, con base en esa atracción que indiscutiblemente sentía por su amiga.

A partir de ello, resaltó que “Nótese cómo en el fuero interno de la joven lo que ocurría era un acto repulsivo, pero para el varón en su fuero interno era un cortejo previo a un encuentro íntimo.” Dejando claro el Tribunal que, de lo narrado en momento alguno Edinson ejerció la fuerza, violencia física, psíquica o constreñimiento, sin el cual no podría predicarse el acto

sexual violento, sobre todo cuando en su imaginario estaba en la ruta de consumir un acto sexual.

Para la Colegiatura, especial relevancia tiene el hecho de que, una vez la actora le reclamó que se detuviera, el joven cesó su actividad o preludeo de manera inmediata sin que haya sido necesario repetir la solicitud, ya que, con una sola vez le bastó. Para así concluir que *“Emerge claro que la intención del indiciado en ningún momento era vulnerar su integridad sexual, solo ejecutó actos encaminados a consumir un posible ayuntamiento sexual, los cuales finalmente fueron repudiados por la mujer. Los actos ejecutados por EDISON BUSTAMANTE MÁRQUEZ, no son más que el resultado de un impulso, emoción o atracción sexual que sentía por una mujer, en este caso por su amiga JULIANA GÓMEZ GONZÁLEZ; no dirigidos a coaccionar la voluntad de la joven, ni tendientes a vulnerar su indemnidad sexual.”*

Finalizó el Tribunal de la siguiente manera:

El comportamiento realizado no se logra encuadrar en ninguno de los elementos del tipo penal analizados, siendo clara la atipicidad objetiva de la conducta.

Finalmente, conviene señalar que, de admitirse en gracia de discusión que existe duda sobre la existencia de los comportamientos delictivos, no habría lugar siquiera a formular acusación en contra del procesado; como quiera que no existe otra información probatoria por recoger y los términos de la investigación se encuentran más que vencidos, por lo que no se podría obligar a la Fiscalía a comprometerse a un juicio que de antemano lo tendría perdido.

Así las cosas, desde ya se advierte la necesidad de amparo porque, habiendo la denunciante expuesto una situación de violencia en su contra, al momento de resolverse sobre el recurso de apelación en manera alguna se ofreció una fundamentación que incluyera una evaluación que constatará si el asunto ameritaba reforzarse desde la perspectiva de género o no. Se trataba, entonces, de incluir un estudio de contexto para, a partir de las piezas que se pusieron en su conocimiento, se descartara o afianzara el enfoque propuesto.

Ello supuso, entonces, que el análisis de los elementos de convicción estuvo desprovisto de una evaluación sobre la procedencia del enfoque de género que agudizara el ejercicio valorativo del Tribunal.

No se reprocha, se aclara, los resultados de la valoración de los elementos allegados a la autoridad demandada en sede constitucional, pues, bien puede darse el caso que, desde la complementación del análisis exigido, la Colegiatura arribe a similares conclusiones que las adoptadas; lo que se extraña es una argumentación y, seguidamente, una evaluación que incluyera un tema abordado por la primera instancia y reiterado en los recursos, alusivo a la perspectiva de género.

De esa manera, se garantizaba una decisión más acorde con los derechos superiores de los involucrados en el asunto,

en especial los de publicidad y defensa, en la medida que los intervinientes contaban con mayores elementos para conocer desde qué lente sea afrontó el caso, y cómo confutar las conclusiones de la instancia.

Aunque el ataque de la parte actora iba dirigido, con exclusividad, al cercenamiento de su versión, a ese estudio se antepone la presencia de un vicio en la motivación de la decisión que, a su vez, ocasionó un defecto fáctico en el proveído censurado.

En cuanto a lo primero, en providencias CSJ ATP3819 – 2015, CSJ AP821-2015 y en CSJ ATP5170 – 2017 esta Sala aseveró:

...el imperativo de motivar las determinaciones judiciales no se cumple, sin más, con la simple y llana expresión de lo decidido por el funcionario judicial, en cuanto es preciso que manifieste en forma clara, expresa, indudable y no anfíbológica su argumentación, con soporte en las pruebas y en los preceptos aplicados en cada asunto, pues no de otra manera se garantizan los derechos de los sujetos procesales, amén de que se hace efectivo el principio de imperio de la ley, esto es, de sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico.

Y, frente al yerro fáctico, en STP2827-2023, la Sala de Casación Penal, sostuvo que: *“En resumen, se deduce que el defecto fáctico se conforma cuando el juzgador omite valorar elementos de prueba debidamente allegados a la actuación, o la valoración que realizó resulta ser manifiestamente arbitraria o caprichosa. En consecuencia, el error en el juicio valorativo debe ser ostensible, flagrante y manifiesto, y tener incidencia directa en la decisión, en el entendido de que el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de*

la actividad de evaluación probatoria del juez natural o competente para resolver el caso particular”.

Así las cosas, la afectación de derechos superiores se perfecciona desde la insuficiente motivación de lo decidido en el auto de 17 de marzo de esta anualidad, en el que la Sala accionada resolvió el recurso de apelación contra la decisión que, en primera instancia, había negado la causal de preclusión de atipicidad del hecho investigado, propuesta por la fiscalía, lo que derivó en un abordaje de los elementos del caso ostensiblemente desprovisto de toda pauta de valoración reforzada.

En ese contexto, con independencia de la decisión final que se adopte, lo que se exige es que el Tribunal ejecute una evaluación derivada de una obligación de medio o comportamiento, que se concrete *-de hallar mérito-* en el estándar de la debida diligencia reforzada; y, a partir de lo anterior, reexamine las piezas cognoscitivas desde el lente en mención para, luego de ello, decidir si accede o no a la solicitud de preclusión.

En consecuencia, se amparará el derecho al debido proceso de **Juliana Gómez González** se dejará sin efecto la decisión de 17 de marzo de 2023 y se ordenará a la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín que, en el término de 5 días, resuelva nuevamente el recurso de apelación en contra

del auto de 14 de febrero de 2023 emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Girardota, esta vez con la debida motivación y valoración, de conformidad con los parámetros establecidos en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Tutelas N° 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso de **Juliana Gómez González**.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la decisión de 17 de marzo de 2023 emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín y **ORDENARLE** que, en el término de 5 días, resuelva nuevamente el recurso de apelación en contra del auto de 14 de febrero de 2023 emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Girardota, esta vez con la debida motivación y valoración, de conformidad con los parámetros establecidos en esta providencia.

TERCERO: REMITIR en el evento que no sea impugnada ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema

de Justicia, la presente determinación a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



GERSON CHAVERRA CASTRO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria